

Devlet Sistemlerine Göre Savunma Hakkı ve Müdafî

Av. Serhat Sinan Kocaoğlu*

1. GİRİŞ

Ceza yargılaması, bir ülkede egemen olan yönetim şekline en çok etkilenen hukuk dalıdır.¹ Yani, ceza muhakemesi hukuku devlete hâkim olan özgürlük anlayışının doğrudan doğruya etkisi altındadır ve bu anlayışın icaplarına göre düzenlenir.² Bundan dolayı, bir toplumda uygulanmakta olan ceza muhakemesi hukuku ile o toplumun uygarlık düzeyi arasında tam bir denklik ve paralellik vardır.³ Bu çerçevede ceza muhakemesi hukuku, özellikle temel hak ve özgürlüklerin yaşama geçirilmesi bakımından her devlet anayasasının en hassas sismografi olarak kabul edilmelidir.⁴ Devlet, kamu buyurma gücü bağlamında kurmuş olduğu ceza muhakemesi sistemi vasıtasıyla vatandaşları ile eşitler arası olmayan bir ilişkiye girer. Bu itibarla, kimin suç şüphesi altında bulunacağı sorunundan tutun da bu kişilerin nasıl ifadesinin alınacağına veya savunma hakkının ne ölçütlerde kullanılacağına veya müdafiden yararlanma hakkının olup olmayacağına kadar, pek çok ceza muhakemesi konusu devlette egemen olan ideolojik yaklaşımın neticesinde şekillenir. Aynı şekilde, o ülkedeki savunma olgusu ve savunma hakkının somutlaşmış hali olan müdafî, müdafinin yetkileri ve devlet veya devletin yargı organlarının müdafîye yaklaşım tarzları da bir turnusol kâğıdı gibi, o ülkedeki rejimin asit-baz dengesini yani despotizm-özgürlükçülük ikilemindeki esas niteliklerini ortaya koymaktadır.

* Ankara Barosu Yönetim Kurulu Üyesi, LL. M. (Brussels), LL. D. Cand. (Ankara). sinan@kocaoglu.av.tr

- 1 TOSUN Öztekin, “Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri Genel Kısım”, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 1608-Hukuk Fakültesi Yayınları No: 353, Sulhi Garan Matbaası Varisleri Koll.Şti, İstanbul, 1971, s. 48; “Ceza adaleti kimin elinde ise, iktidar ondadır” (EREM Faruk, “Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku”, Işın Yayıncılık, Altıncı Baskı, Ankara 1986, s. 39) sözü bu duruma ters pencereden bakan ve fakat çok gerçekçi bir ifadedir.
- 2 CENTEL Nur Başar, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî”, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1984, s. 11.
- 3 TOROSLU Nevzat-FEYZİOĞLU Metin, “Ceza Muhakemesi Hukuku”, Savaş Kitap ve Yayınevi, Ankara, 2006, s. 6, 7.
- 4 ESER Albin, “Alman ve Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Sanığın Hukuki Durumu”, Çeviren: CENTEL Nur, Yargıtay Dergisi, Sayı: 16, s. 313.

Bu bağlamda, devlet sistemleri arasında iki uç örnek bir tarafta totaliter ideolojiler ile yönetilen rejimler iken diğer tarafta liberal demokratik sistemlerin olduğu şüphesizdir. Elbette ki otoriter ideolojiler ile yönetilen ülkeler ile demokratik tarzda yönetilen ülkelerin ceza muhakemesi kanunları birbirlerinden çok farklı olmaktadır.⁵ Bu iki uç sistemin ceza muhakemesi mekanizmaları incelendiğinde, savunma hakkının gelişmesi ile demokratik hareketin gelişmesi arasında sıkı bir korelasyon olduğu ortaya çıkmaktadır.⁶ Demokrasi geliştikçe savunma hakkı da doğru orantılı bir şekilde gelişmekte, demokrasi azaldıkça tüm özgürlükler gibi savunma hakkı da kısıtlanmaktadır. Haliyle rejimlerin totaliter/otoriter karakteri ile savunma hakkı arasındaki görünüm ters orantısal bir ilişki göstermektedir.

Ceza usul hukukunun tarihi, medeniyet tarihinin belirli bir açıdan görünüşü olduğu⁷ ve müdafiliğin tarihinin de ceza usul hukukunun tarihi ile paralel bir gelişme gösterdiği için,⁸ müdafiliğin tarihsel evrim sürecinde devletlerin ideolojileri ile olan ilişkisinin, bizlere esasen medeniyet tarihinin de bir özetini vereceği kanaatindeyiz. Zira, ceza usul doktrininde hiçbir yön değişikliği yoktur ki müdafilik görev, yetki, hak ve önemine etkisi olmamış olsun.⁹

Tarihsel evrim süreci içerisinde özgürlüklerin artması yönünde olumlu gelişmelerin yaşandığı yıllarda bile, adalet reformları ile ünlü Prusya Kralı Büyük Frederik'in 1780 yılında Adalet Bakanı Carmer'in önerisi ile serbest avukatlığı kaldırarak savunmayı bağımlı adliye komiserlerine bırakması örneğinde olduğu gibi, müdafinin değerinin ve özgürlük ile savunma arasındaki zorunlu bağın kav-

5 Tosun: s. 48. "İdeoloji", insan davranışlarını yönlendiren, inanç unsuruna dayanan, sosyal, siyasî ve ekonomik talepleri içeren fikir sistemidir (HAFIZOĞULLARI Zeki, "Dünü, Günümü ve Ötesini Anlatan Bir Kitap", Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 44, Sayı: 1, 1995, s. 781, 782). İdeoloji bir "bilim" değildir (*id.*). Bir inanç unsuruna dayanmasına rağmen "din" de değildir (*id.*). Ancak bazı hallerde dinin ideolojik bir özellik kazanması da mümkündür (*id.*). Bu itibarla çoğulcu ve katılımcı bir karakteristik gösterdikleri için ideolojik değil idealist olan modern liberal demokratik devletler hariç tutulmak üzere, "devlet" ideolojik bir aygittir (*id.*).

6 Centel: Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, s. 11.

7 Erem: Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku, s. 30.

8 EREM Faruk, "Meslek Kuralları (Şerh)", TBB Yayınları, Sevinç Matbaası, İkinci Bası, Ankara 1973, s. 4; Erem: Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku, s. 173.

9 Erem: Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku, s. 173. Cenevre Hukuk Fakültesi profesörlerinden Cenevre Barosu Eski Başkanı Prof. Edmond Martin Achard'ın Cenevre'de Birleşmiş Milletler Sarayı'nda, B.M. Ekonomik ve Sosyal Konseyi nezdinde hükümet dışı ve siyasi bir karakteri olmayan istişari statüye sahip bir teşekkül olan Beynelmül Hukukçular Kulübü (Cercle des juristes internationaux) önünde, 13 Ocak 1961 günü vermiş olduğu konferansında yapmış olduğu bir konuşma da müdafilik tarihinin esasında insanlık tarihi olduğunu açıkladığı ilgili bölüm şu şekildedir: "Julius Magnus'dan şu pasajı zikretmemе müsaade ediniz: 'Bir beşer kültürü ve başkaları hakkında hüküm verecek insanlar mevcut olduğu müddetçe, aynı zamanda tecrübeleriyle, ifade ve tahrir tarzlarındaki maharetleriyle, adalet talep edenlere yol gösterecek insanlar da mevcut olacaktır. Bir topluluğun vücut bulmasından itibaren, nerede ve hangi devirde olursa olsun, bir yerde hiç bir şekil ve iklimе tâbi olmaksızın, diğer bir yerde pek sıkı kaidelere bağlı olarak, bir insanın diğerine verdiği bu hukukî desteği daima müşahade etmekteyiz. Avukatlık mesleğinin tarihini tetkik, beşer kültürünün tarihini tetkik demektir' " (ACHARD Edmond-Martin, "Müdafaa Övgü", Çeviren: GÜRDOĞAN Burhan, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 19, Sayı: 1, 1962, s. 393, 394).

ranamadığı dönemler yaşanmış, savunma hakkının duraksamalar ve gerilemeler yaparak ancak zorlukla gelişebildiği görülmüştür.¹⁰

Biz çalışmamızın sistematığı açısından otoriter rejimleri totaliter rejimlerin bir alt sistemi olarak ele alacağız. Bu yüzden bir ülkedeki cari siyasal rejimin esasını gösteren adeta bir belirteç veya bir gösterge olarak saydığımız savunma hakkı çerçevesinde müdafinin durumunu birinci kısımda totaliter/otoriter rejimler açısından birlikte ele aldıktan sonra müteakiben liberal demokratik sistemler açısından irdelemeye çalışarak, sonuç kısmında bu konuyla ilgili tespitlerde bulunmaya ve önerilere ulaşmaya çalışacağız.

2. Totaliter - Otoriter Sistemlerde Savunma Hakkı ve Müdafii

Kavramsal olarak en genel anlamıyla “**totalitarizm**”, klasik demokrasi olarak bilinen liberal demokrasiyi reddeden, sağ veya sol bir ideoloji çerçevesinde, toplum ve devletin her yönünü yani bütünü kaplamak ve tümüne yön vermek amacını güttüğü bütüncü/toptancı dikta rejimleri için kullanılan bir terimdir.¹¹ Esasen baskıcı ve demokratik olmayan yönetim biçimlerini niteleyen “**otoriter rejimler**”in belli bir ideoloji ile çerçevesiz olarak bireysel ve toplumsal ilişkilerin devlet tarafından kontrol edilir hale gelmesi ile “totalitarizm” ortaya çıkar. Totaliter sistemler; temel hak ve hürriyetleri, “insan haysiyetinin dokunulmazlığı ilkesi” gibi üstün değerleri yok sayan; şüpheli ve sanığı bir muhakeme süjesi değil de bir muhakeme objesi olarak kabul eden, bunlara hiçbir hak tanımayan; tanısa bile idarede bulunan kişilerin çıkarına ters düştüğü oranda bu hakları uygulamada kullanılmayan devletler ve rejimlerdir.¹²

10 Centel: Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafii, s. 21, 22.

11 KAPANİ Münci, “Kamu Hürriyetleri”, Yetkin Yayınları, Yedinci Baskı, Ankara 1993, s. 147.

12 ŞAHİN Cumhur, “Sanığın Kolluk Tarafından Sorgulanması”, Yetkin Yayınları, Ankara, 1994, s. 69. Totaliter rejimlere özellikle verilebilecek örnekler çoktur: 1917 Bolşevik Proleter Devrimi ile başlayan Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği, Mussolini Dönemi İtalyan Faşizmi, Hitler Dönemi Alman Nasyonal-Sosyalizmi, Mao Döneminin Çin Halk Cumhuriyeti, Pol Pot Dönemi Kamboçya, Salazar dönemi Portekiz’i, Franko dönemi İspanya’sı gibi pek çok rejim toptancı ideolojiler ve diktatörlüklerle bireyin hayat hakkı başta olmak üzere bütün temel hak ve özgürlüklerini hiçe saymışlardır. Saydığımız bu totaliter rejimler, halihazırda Avrupa Birliği üyesi olan Almanya, İtalya, Portekiz ve İspanya örneği hariç olmak üzere, büyük çoğunluğu kendilerini günümüz dünyasına otoriter rejimler halinde adapte etmişlerdir. Totalitarizmin son kaleleri ve diktatörlük rejiminin 21. yüzyıla uzanmış ürkütücü hayaletleri olarak halen güney yarımkürenin az gelişmiş ülkelerinde, Afrika’da, Kuzey Kore’de sosyalist, faşist veya teokratik maskeler altındaki çeşitli tipte diktatörlüklerle yönetilmeye devam edilmektedir. Bu diktatörlüklerde isimler değişse bile değişmeyen tek şey sınırlanmamış devlet gücünün altında tamamen korunmasız kalmış bireydir. Ayrıca totalitarizm hakkında geniş bilgi için bkz. SABINE George H.-THORSON Thomas L., “A History of Political Theory”, Fourth Edition, ‘Holt, Rinehart & Winston, Inc’, Florida, 1973, s. 836 vd. Erem, “Usul çeşitlerinin (itham, tahkik usulleri ve karma usul) siyasal rejimle alakası aşıkardır. Usul hukuku demokratikleştikçe itham sistemine yönelir. Karma (işbirliği) sisteminin ise bir şahsiyeti yoktur. Soruşturmanın itham usulüne daha fazla yaklaşması gerekmelidir. Soruşturma safhasında ‘savunma makamı’nın yetkilerinin ‘itham makamı’ yetkilerine eşit kılınması, soruşturmada daha az gizlilik, daha fazla vicahilik zaruret halini almıştır (Erem: Diyalektik Açıda Ceza Yargılaması Hukuku, s. 66)” yorumu ile ülkelerin siyasal rejimlerini demokratikleştikçe ceza usulü olarak itham sistemine daha fazla yaklaştığı düşüncesini savunmuştur.

İdeolojik sınıflandırma bakımından hangi ad altında nitelendirilirse nitelendirilsin (faşizm, nasyonal-sosyalizm, sosyalizm/komünizm vb.) olarak nitelendirilsin, bu rejimlerin aralarındaki bir takım farklar inceleme konumuz açısından ihmal edilerek totaliter ve otoriter yönetimlerin hepsinde bulunan **ortak özellikler** şu şekilde özetlenebilir: “**a.** Hiç kimsenin açıkça ret veya tenkit edemeyeceği, sosyal hayatın çeşitli yönlerini kavrayan '**resmi**' bir ideoloji; **b.** Devlet mekanizması ile iç içe girmiş ve kaynaşmış oligarşik bir tek parti sistemi; **c.** Siyasal iktidar tekeline sahip bir diktatör veya komite; **d.** Vatandaşı yakından gözetleyen (ve gerektiğinde baskı metotlarına başvurmadan çekinmeyen bir polis rejimi; **e.** Bütün düşüncelerin tek kalıba sokulmasına yarayan geniş bir propaganda örgütü; **f.** Bütün ekonominin tek merkezden yönetimi ve kontrolü”.¹³

Hukuk devletinde hakim olan felsefenin karşıtı olan totaliter/otoriter rejimler, devletin hukuk kuralları ile bağlı olmadığı, soyut bir kavram olan “toplumun bekası” için her türlü önlemi keyfi olarak alma yetkisine sahip ve bu hususta yargı denetiminin uygulanmadığı sistemlerdir.¹⁴ Bu tip rejimlerde, insan haysiyeti, temel hak ve özgürlükler gibi kavramlar hiç önem taşımadığından, sanığa hiç hak tanınmaz ya da bazı haklar tanınmasına rağmen uygulamada sanık rejimin daha üstün çıkarlarının korunması için bu haklardan faydalandırılmaz.¹⁵ Çünkü, bu sistemde şüpheli veya sanık, ceza muhakemesinin bir objesidir ve sınırsız yetkiye sahip devlet gücü keyfi olarak kullanılmaktadır.¹⁶ Totaliter/otoriter devlet görüşü, devletin menfaatine imtiyaz tanır, bireyin çıkarı gözetilmez.¹⁷ Bunun doğal neticesi olarak totaliter/otoriter devletlerde hakimler, devlet çıkarlarının bekçisi olarak kabul edilirler.¹⁸ Ayrıca belirtmek isteriz ki, bu sistemlerde müdafilik/avukatlık ve savcılık gibi makamları işgal eden diğer hukukçular da, aynı şekilde hukukun değil rejimin bekçisi olarak hakimlere yardımcı olmakla mükelleftirler.

Devletin karşısında şüpheli veya sanığı hak ve yetkilere sahip bir süje olarak değil de yargılamanın konusu (obje) olarak gören totaliter/otoriter devlette hukuk devletindeki gibi savunma hakkı şüphesiz ki var kabul edilemez.¹⁹ Hatta, bırakınız

13 Kapani: Kamu Hürriyetleri, s. 167. Totaliter/otoriter devlet yapıları ile ilgili olarak detaylı bilgi için bkz. GÖZE Ayferi, “Liberal, Marxiste, Faşist, Nasyonal-Sosyalist ve Sosyal Devlet”, Beta Yayınları, Yayın No:1588, Hukuk Dizisi: 709, 4. Bası, İstanbul, 2005, s. 4.

14 KOCA Mahmut, “Hazırlık Soruşturmasında Sanığın Savunma Hakkı”, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bölümü (Yayınlanmamış Doktora Tezi), İstanbul, 1998, s. 78.

15 *Ibid.*

16 *Ibid.*

17 Centel: Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, s. 10; YURTCAN Erdener, “Ceza Yargılaması Hukuku”, 8. Baskı, Kare Yayınları, İstanbul, 2002, s. 6.

18 Yurtcan: Ceza Yargılaması Hukuku, s. 6.

19 *Ibid.*; Koca: s. 79. Bu çerçevede Lenin'in “Müdafiler, muhakkak ki demir elle hükmedilmelidir ve kuşatılmış halde tutulmalıdır. Zira bu bilgili pislikler genellikle kirli oyunlar çevirirler” (One must rule the advocate with an iron hand and keep him in a state of siege, for this intellectual scum often plays dirty) sözü totaliter zihni yapının ceza yargılamasında toplumsal savunma makamına nasıl olumsuz bir pencereden algıladığının en temel ispatıdır (SHELLEY

savunma hakkını, Sovyet Sosyalist Cumhuriyetleri Birliği'nde suçsuzluk karinesi dahi normatif olarak ve açık bir şekilde düzenlenmemiştir.²⁰ Yine örneğin 20. Yüzyılın bir diğer süper totaliter devleti olan III. Reich yani Nazi Almanya'sı rejimi, hukukun ve (avukat, savcı veya hâkim olsun) bütün hukukçuların dizginlenemeyen bir siyasi gücün karşısında boyun eğdirilmesinin bir diğer önemli örneğidir.²¹ Totaliter Nazi rejimi, hukuk doktrini olarak kökenlerini Roma hukukunda bulmayan, adalet ve birey kavramları yerine Alman ruhu, yardımlaşması ve korporatizmini koymaya çalışan "Aryan" hukukunu uygulama geçirmiştir.²² Anılan bu hususlar ise sadece ve sadece mistik Aryan kanından ve toprağından kaynaklanan bağı paylaşan avukat ve hâkimler tarafından hayata geçirilebilirdi.²³ Zira yasalar, Nazi ideolojisi ile yorumlanmalıydı.²⁴ Hatta bu konuda Nazi Almanyası'nın Adalet Bakanı ve Alman Hukuk Akademisinin Başkanı olan Otto Thiereack'ın 1943 yılında sarf etmiş olduğu "Adaletin güvencesini sağlayan çekirdek kanun Nasyonal Sosyalizm'dir. Yazılı kanunlar sadece Nasyonal Sosyalist fikirlerin yorumuna yardımcı olmak için vardır" sözü,²⁵ totalitarizmin Nazi kampının genel olarak hukuka bakışını ortaya koymuştu.

Nitekim, totaliter/otoriter rejimler, düşünce ve ifade özgürlüğünün bir uygulama biçimi olarak algıladıkları hukuku ve savunma hakkını sınırlamak temayülündedirler.²⁶ Zaten düşünce ve ifade özgürlüğünün birçok yasaklar altında bulunduğu totaliter/otoriter rejimle yönetilen bir toplumda ceza muhakemesi esnasında amaca uygun bir savunma ve müdafii faaliyetine de izin verilmez.²⁷

Louise I., "Soviet Defense Counsel: Past as Prologue", American Bar Foundation Research Journal, 1987 Am. B. Found. Res. J. 835 [1987], s. 836). Lenin'e göre müdafiiye boyun eğdirilmesi, itaat edilecek bir devlet yaratmak için gereklidir (*id.*). Bolşevikler arasında çok az bulunan birkaç avuktan birisinin maalesef ki Lenin olduğunun da altını çizmek istemekteyiz (*id.*).

20 LOVE Jean C., "The Role of Defense Counsel in Soviet Criminal Proceedings", Wisconsin Law Review, 1968 Wis. L. Rev. 806 (1968), s. 881.

21 LIPPMAN Matthew, "Law, Lawyers and Legality in the Third Reich: The Perversion of Principle and Professionalism", "The Holocaust's Ghost: Writings on Art, Politics, Law, and Education", Editors: Frederick Charles DECOSTE – Bernard SCHWARTZ, University of Alberta, Edmonton, Alberta, 2000, s. 290.

22 *Ibid.*

23 *Ibid.*

24 *Ibid.*

25 *Ibid.* s. 292. Faşizmin tarihsel gelişimi için bkz. AKIN İlhan F., "Devlet Doktrinleri", Filiz Kitabevi, 1962, s. 247-260.

26 Centel: Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafii, s. 11, 21.

27 *Ibid.* Örneğin Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği'nde soruşturma aşamasında ifade alma gibi faaliyetlerde müdafii hazır bulunmasını mecburi tutulmamakta, sanık müdafii yardımından genellikle iddianamenin hazırlanmasından sonra faydalanabilmekteydi (BARRY Donald D.-GINSBURGS George-MAGGS Peter B., "Soviet Law after Stalin", Law in Eastern Europe, Documentation Office for East European Law, University of Leyden, No: 20 (1), A.W.Sijthoff International Publishing Company BV, Netherlands, 1977, s. 112). Yine aynı şekilde ceza yargılamasının ikinci aşaması olan kovuşturma evresinin başlangıcında da müdafii rolü hemen hiç yoktur (*id.*). Hakim ya da mahkeme müdafii beyan veya taleplerini yazılı olarak alır, ancak mahkeme ya da yargıç dilerse o esnada dışarıda koridorda bekletilen müdafii içeriye alıp kendine ek sorular sorabilirdi (*id.*).

Bu bağlamda Üçüncü Reich’da yaşadığı tecrübelerini yazabilmiş tek müdafii olan Dietrich Güstrow, Nazi Almanyası ceza yargılaması sisteminde müdafii rolünü sadece dilekçe yazan basit bir arzuhalci olarak nitelmişti.²⁸ Güstrow, hiçbir müdafii Üçüncü Reich mahkemesinde duruşma esnasında usule ilişkin bir itirazda bulunamayacağını çünkü böylesi bir davranışın hâkim tarafından kendisine yapılan kişisel bir saldırı olarak algılanabileceğini ve bunun da davanın sonucunda çıkacak hükmü ağırlaştırabileceğini belirtmişti.²⁹ Ayrıca davanın siyasi karakteri yoğunlaştıkça, usul hukuku kurallarının uygulanması o derece rafa kaldırılıyordu.³⁰ Örneğin komünist olduğu iddia edilen sanıkların usuli hakları hiçbir zaman kullandırılmıyordu.³¹ Güstrow, komünist sanıkları savunmaya çalışmanın hiçbir zaman anlamı olmadığını, zira bunlara cezaların daha dava başlamadan peşinen verildiğini anlatmaktadır.³² Bütün bunlara ek olarak Nazi Devletinin muhalifi olarak kabul edilen kişilere yargılanma hakkı bile tanınmıyordu.³³

Nazi Almanyasında savunmanın ve müdafii konumu da çok zayıftı. Hâkim adeta ceza yargılamasının kralıydı (*Richter-König*).³⁴ **Müdafiler şüpheli veya sanık lehine usuli bir hak talep ettiklerinde, davada faşist devletin kusurunu ortaya koyduklarında, hâkimi veya savcuyu tenkit ettiklerinde meslek mahke-**

SSCB ceza yargılamasında savunma hakkı konusunda üzerinde durulması gereken en ilginç hususlardan birisi ise, bizce, sanığa ücretsiz zorunlu müdafii atanması meselesidir. Bu mesele çok ilginçtir ve kendi içerisinde çelişkilidir çünkü kolektivist bir iktisadi politikayla yönetilen SSCB’de zorunlu müdafii atanması kesinlikle ücretsiz değildir. Zira, “SSCB CMK m. 322’ye göre kararın verilmesi aşamasında, mahkeme yargılanan sanıkla ilgili olarak verilen savunma hizmetleri karşılığında sanığın ödemesi için masraflara da hükmetmelidir. Bu masraflar eğer sanık hakkında hapis cezasına hükmedilmemişse, sanığın çalışma kamplarındaki ücretlerinden veya maaşlarından mahsup edilebileceği gibi, kişisel mallarının haczedilip satılmasından da elde edilebilir. Görüldüğü üzere SSCB’de ‘ücretsiz’ müdafii hakkından değil, ancak ve ancak ‘peşin ödemesiz’ müdafii hakkından bahsedilebilir”(id. s. 113). Kendi temel iktisadi mantığı ile çelişmek pahasına savunma hakkının ücretsiz kullanılmasını sonradan ödenecek zorunlu ücretli hale getirmek esasen totalitarizmin bireyi yok etmeye çalışan siyasi boyutunun ekonomik boyutundan ne kadar daha kuvvetli olduğunu göstermektedir.

Siyasi davaların, daha çok totaliter ve otoriter rejimlere mahsus bir dava biçimi olduğu, Stalin dönemi SSCB’nde yaşanmış olan muhaliflerin tasfiye davaları ile Hitler dönemi Almanyasının Nazi Halk Mahkemeleri’nde yargılamalarında en bariz örnekleri görüldüğü gibi, iktidardaki mutlak gücün kendini haklı çıkarmak amacıyla halkın üzerinde yarattığı yargı kâbusları olduğu belirtilmektedir (CHRISTENSON Ron, “Political Trials: Gordian Knots in the Law”, Second Edition, Transaction Publishers, New Brunswick, New Jersey, 1999, s. 1). 1950’lerde, McCarthy Dönemi Amerikasında, komünist yani SSCB işbirlikçisi olduğu iddiası ile yapılan yargılamalara “cadı avı” yakıştırması yapılmakta ve bunlar birer siyasi dava olarak nitelendirilmektedir (id. s. 18).

28 REIFNER Udo, “The Bar in the Third Reich: Anti-Semitism and the Decline of Liberal Advocacy”, “The Holocaust’s Ghost: Writings on Art, Politics, Law, and Education”, Editors: Frederick Charles DECOSTE – Bernard SCHWARTZ, University of Alberta, Edmonton, Alberta, 2000, s. 266.

29 *Ibid.*

30 *Ibid.*

31 *Ibid.*

32 *Ibid.*

33 *Ibid.*

34 *Ibid.* s. 270

melerinde etik davranmadıkları iddiası ile suçlanıyor, yargılanıyor ve ceza alıyorlardı.³⁵ Bir olayda meslek mahkemesi; “devletin veya ulusal topluluğun menfaatleri (*Volksgemeinschaft*) ile çatışıyorsa müdafii davayı savunmayı reddetmelidir” hükmünü eleştirdiği gerekçesiyle, itham edilen müdafiiin barodan ihraç edilmesine karar vermiştir.³⁶ Başka bir davada bir müdafii Yehova Şahitleri cemaatinin liderlerine üyelerinden birisinin gözaltında olduğunu bildirdiği için barodan atılmıştır.³⁷ Mahkemenin hükmüne göre; barodan ihraç edilen bu müdafii “hâkimin kendisine duyduğu güveni kötüye kullanmıştır”.³⁸ Müdafiiin bilgi edinme hakkı, savunulan şüpheli veya sanık lehine tesis edilmiş bir hak olarak değil, bilakis müdafiiin mahkemenin bir memuru olarak ancak devletin yüce menfaatleri doğrultusunda kullanabileceği bir hak olarak öngörülmüştü.³⁹ Şüpheli veya sanığın akrabaları ya da arkadaşlarına bilgi vermesi genellikle müdafiiin barodan ihraç edilmesi ile sonuçlanmaktaydı.⁴⁰ Açıklanan olaylar gibi doğrudan baskı metotlarının yanında ekonomik durumları zaten bozuk olan müdafilere hâkimlerin ekonomik yöntemlerle uyguladıkları baskılar da vardı.⁴¹ Hâkimler, savunma için görevlendirilecek müdafileri sadece siyasi kıstaslar ile seçiyor ve hatta yine bu kıstaslar ile müdafiiin ücretinin verilmemesine dahi hükmedebiliyorlardı.⁴² Müdafilere hâkimleri tenkit ettikleri, kanunları hor gördükleri ve hükümet muhalifi kimseler ile samimi görünüm çizdikleri için davalar açılıyordu.⁴³ Yahudi kökenli bir müdafii, “Aryan” bir müvekkiline samimi bir şekilde hitap ettiği için; “Aryan” kökenli bir müdafii de, Yahudi kökenli bir müdafii ile gelirini paylaştığı için meslekten ihraç edilmişti.⁴⁴ Nazi Almanya’sında müdafiiin meslekten diğer ihraç nedenleri arasında bir Yahudi ile evli olmak, kişileri “Heil Hitler” şeklinde selamlamakta kusur göstermek, Nazi partisine yardım kampanyasına katılmamak gösterilebilirdi.⁴⁵

Totaliter sistemlerde müdafii seçimi bile bireyin kendi tercihinin bırakılmamıştır. Örneğin Sovyet Sosyalist Cumhuriyetleri Birliği’nde avukatlık veya müdafilik hizmeti bir serbest meslek olmadığı ve dolayısıyla da özel olarak bu meslekleri icra eden kişiler var olmadığı için, sanık veya sanık lehine hareket eden bir kimse, danışma idarehanesi adı verilen birime giderek bir müdafiiin kendisini savunmasını talep ederdi.⁴⁶ Sanık, idarehaneden, itibarlı veya bir arkadaşı tarafından tavsiye edilmiş

35 *Ibid.* s. 272

36 *Ibid.*

37 *Ibid.*

38 *Ibid.*

39 *Ibid.*

40 *Ibid.*

41 *Ibid.*

42 *Ibid.*

43 *Ibid.* s. 271

44 *Ibid.* s. 272.

45 *Ibid.* s. 272.

46 Love: s. 817. Kollektivist bir iktisadi sistem olan sosyalist rejimlerde, savunma görevini devlet memurluğu rejimine tabi olan müdafiler icra ederdi (ZAFER Hamide, “Faile Yardım Suçu

belirli bir müdafinin kendisini savunmasını talep edebilirdi.⁴⁷ Ancak eğer o müdafii uygun değilse veya iş yükü çok fazla ise, idarehanenin müdürü ona başka bir müdafii atamaya da yetkiliydi.⁴⁸ Görüldüğü üzere Sovyetler Birliği'nde, idarehane müdürü pratikte sanığın talep ettiği değil de, kendi uygun gördüğü müdafii sanığın aksi yöndeki iradesine rağmen atayabilmekteydi.⁴⁹ Böylelikle, daha savunma faaliyetinin ilk başında, yani şüpheli veya sanığın kendisini savunacak müdafii seçiminde, totaliter ideoloji sürece müdahil olmakta ve bireyin karar alma sürecini fiili olarak sekteye uğratmak suretiyle, sistem olarak kendi tercihini bireye dayatmaktadır.

Totaliter/otoriter sistemlerde iddia makamının yetkileri savunma makamının yetkilerinden fazladır. Zira, savcının savunmadan orantısız bir biçimde üstün yetkilere sahip olması normal bir durum olarak algılanmaktadır.⁵⁰ Bu düşünceler ile savcılara bir kısım hâkim yetkileri tanınmakta ve bu şekilde iddia makamı ile yargılama makamı arasındaki fark asgariye indirgenmektedir.⁵¹ Bunun nedeni, totaliter veya otoriter rejimlerde devlet ve bireyin ceza muhakemesi bağlamında çatışan çıkarları arasında devletin menfaatine üstünlük tanınması ve bireyin çıkarının ihmal edilmesidir.⁵²

Totaliter/otoriter rejimlerde savunma hakkı ve müdafinin konumu ile ilgili olarak verilebilecek enteresan bir örnek 1945–1990 yılları arasında Federal Alman Cumhuriyeti (Bundesrepublik Deutschland [BD]-Batı Almanya) ile Sovyet Sosyalist Cumhuriyetleri Birliği (SSCB) kontrolünde kurulmuş bulunan Demokratik Alman Cumhuriyetidir (Deutsche Demokratische Republik [DDR]-Doğu Almanya). Cermenik kökenli insanların yaşadığı bu iki ayrı ülkede hüküm süren iki ayrı yönetim biçimi neticesinde ortaya çıkmış olan bu suni iki devlet birbirlerinden, 1961 yılında Doğu Almanya'dan Batı Almanya'ya kaçışları engellemek için yapılmış ve 1989 yılında yıkılmış olan, Berlin duvarının sembolize ettiği gibi, birbirlerine taban tabana zıt iki ayrı hukuk sistemi ile yönetilmiştir.

Batı Almanya, bu dönemde ve sonrasında, Alman *rechtsstaat* (hukuk devleti) geleneğinden gelen ve bu geleneği II. Dünya savaşı sonrasında batılı devletlerin işgalinden miras olarak kalan liberal-demokratik ilkeler ile zenginleştirerek idare

ve Müdafinin Bu Suçtan Sorumluluğu”, Beta Yayınları, İstanbul, 2004, s. 304). 1789 Fransız İhtilali’nde bireyci görüşün tesiri ile müdafilik kaldırılarak sadece “kendi kendini savunma (bireysel savunma)” usulüne yer verilmişti. Ancak daha sonraları sosyalist eğilimli ülkeler “kendi kendini savunma”yı ortadan kaldırmak veya resmi değerden mahrum etmek için, savunma “devlet memuru” niteliğindeki kimselere verilerek devlet elinde bir tür “savunma tekeli” yaratılmıştır (Erem: Diyalektik Açından Ceza Yargılaması Hukuku, s. 168, 169). Ayrıca sosyalizmin tarihsel gelişimi için bkz. Akın: Devlet Doktrinleri, s. 203-247.

47 Love: s. 817.

48 *Ibid.*

49 *Ibid.*

50 Tosun: s. 50.

51 *Ibid.*

52 CENTEL Nur-ZAFER Hamide, “Ceza Muhakemesi Hukuku”, 5. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul, 2008. s.22.

edilmiştir. SSCB işgali neticesinde Sovyet etkisine girmiş ve Varşova Paktı üyesi olmuş olan Doğu Almanya ise, totaliter bir şekilde yönetilmiştir. Aynı tarihsel, kültürel ve irksal kökenden gelen insanların oluşturduğu bu iki farklı ülkenin dönemdeki cari ceza yargılaması kurumları ve ilkelerinin, özellikle bağımsız yargı, savunma hakkı ve müdafii kavramlarının, mukayesesi totaliter/otoriter rejimlerin zalim karakterini açıkça ortaya koyacaktır.⁵³

53 AÜHF’de yapılmış olan “**Taksim Edilmiş Almanya Misalinde İzah Edilmek Üzere Demokratik ve Totaliter Hakimiyet Sahalarında Hukuk Nazariyesi ve Tatbikatı**” başlıklı bir konferansta anılan dönemde ülkemize gelmiş Alman misafir öğretim üyesi tarafından yargı bağımsızlığı, savunma hakkı, müdafii konumu konularında yapılmış olan önemli tespitler ise şöyledir: “Kaldı ki; Sovyet Bölgesinde hâkimlerin % 97 sini, diğer memleketlerde meslekten yetişme her hâkim gibi hâkimliği esas meslek olarak ifa eden ve fakat akademik tahsili olmayan ‘**Halk Hâkimleri**’ teşkil eder. Bunlar aslında, halk hâkimleri öğretimine iştirak ederek hukuk ilminin esas mefhumlarına vukuf peyda etmiş olan hakiki komünistlerdir. Halk hâkimleri mektebi tedris plânı, esas itibarıyla tam bir politik öğretimi derpiş eder. Halk hâkimleri çok farklı mesleklerden gelirler ve ekseriya, evvelce işçi, sanatkâr yahut tüccar memurudurlar. Kadın hâkimler ise; stenopist, satıcı yahut ta ev kadını olan kimselerdir. Bu itibarla, halk hakimliğine tayin onlar için muazzam bir içtimaî yükselmeyi ifade eder ve tabii bir insiyakla iktisap etmiş oldukları bu yüksek pozisyonu tekrar kaybetmemek için antipati celbetmemeğe çalışırlar. [...] Sovyet Bölgesinde, ‘hakimlerin bağımsızlığı’ mefhumu, yalnız siyasi bakımdan talim ve terbiye edilmiş ve komünizme inanmış SED (Sozialistische Einheitspartei Deutschlands /Doğu Almanya Kominist Partisi) adamlarının hakim tayin edilmeleri neticesinde gitgide ehemmiyetini kaybetmektedir. Halen müddeiumûmlerin (savcılarının) % 98 i ve hâkimlerin ise % 90 ı SED azasıdır. Tecrübeler göstermiştir ki; hâkimlerin bağımsızlığı kadar serbest avukatlık da hukuk devletinin muhafaza ve müdafaasında en kuvvetli kalelerden, birini teşkil eder. Bu mevzuda adet itibarıyla yapılacak bir mukayese enteresandır. Batı Almanya Cumhuriyetinde halen 50 milyon nüfusa mukabil 13.500 avukat mevcut iken, Doğu Almanya’da 17 milyon nüfusa mukabil sadece 800 avukat mevcuttur. Demokratik bir hukuk devletinde avukatlar, büyük bir hürmet ve itibara mazhar oldukları halde, Sovyet Bölgesinde avukatlık mesleği çok büyük müşkül-lerle çarpışmak durumundadır. Avukatlığın siyasileştirilmesi, müddeiumûmlikle (savcılık), hâkimliğininkinin aksine ağır bir ilerleme göstermiştir; hâlâ avukatların yalnız, aşağı yukarı % 25 i SED azasıdır.

Avukatların esas vazifesinin anti-faşist demokratik nizamı ve cemiyeti korumak olduğu fikri hâkimdir. Bir ceza davasında avukat, SED devletinin menfaatlerini değil de, hakiki vazifesi icabı müvekkilinin haklarını müdafaa ederek davanın derpiş edilen cereyanına müdahale ederse, cezaya çarptırılmak ihtimalini göz önüne almak mecburiyetindedir.

Ezcümle, müdafaasında müddeiumûmlinin (savcının), müvekkilinin otomobilinin müsaderesi hakkındaki talebine itiraz eden Thüringenli bir avukat, aşağıdaki ihtarnameyi almıştır: ‘X aleyhine açılmış olan davanın muhakemesi sırasında, birçok hususlar meyanında, müddeialehyin (davalı) arabası müsadere edildiği takdirde, aynı şekilde, yarın onun portföyünün ve elbisesinin de müsadere edilebilecek olduğunu beyan ettiniz. Bu sözleri katiyen hoş görmediğimi ayrıca ifadeye lüzum yok sanırım. Bu kabil hâdiselerin tekrerrü halinde, Bakanlık tarafından ceza dâvalarında müdafilik yapma hakkınızın ıskatını temin zımında harekete geçeceğimi bildiririm.’

Dresdenli bir avukat da, maznunun müdafii olmak sıfatıyla müddeiumûmlük makamı tarafından ikame edilen bir şahidin itimada şayan olmadığına işaret ettiği için, müddeiumûmlük makamını tahkir ve devlet müesseselerini istihkar suçundan aynı şekilde 1,5 sene hapse mahkûm edildi. Kararda şöyle denilmekte idi:

Maznun (sanık) müdafaa konuşmasını yaparken şu sözleri sarf etmiştir: ‘Daha evvel şahitlerin ifadelerinden söz ediliyordum, şimdi birdenbire önümüze konu ve kimse de nereden neşet ettiklerini bilmiyor. Bu suretle müddeiumûmlük (savcılık) makamınca ikame edilen şahitleri kastediyorum.’ Mahkeme bu sözlerin ‘devlet müesseselerinin bir terzili (aşağılanması)’ olduğunu beyan etmiştir.

Müdafii vazifesi ehemmiyetli bir şekilde güçleştirilmiştir. Müdafii kaideten dava ikame edilinceye kadar maznun ile konuşamaz. Dosyanın tetkiki hakkını da ancak ittihamnamenin tebliğinden sonra elde eder (Doğu Almanya Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu m. 80). Esbabı mühimmenin mevcudiyeti halinde ve bittabi her şeyden evvel siyasi mahiyet arz eden ceza da-

Dünya ve Rus tarihinde totalitarizmin bir başka zirve noktası olarak hatırlanan Stalin döneminde resmi birer memurluk olan müdafilik kadroları liyakat ile değil, daha az eğitilmiş fakat ideolojik olarak daha güvenilebilecek insanlar arasından şu şekilde seçilmekteydi: “Atanan yeni müdafilerin çoğu Sovyet İstihbarat Örgütü olan KGB’nin eski ajanları veya hâkimlik kadrosundan uzaklaştırılmış ancak polit-büronun emri ile müdafiler olarak istihdam edilmiş kişilerdir. Bu kişilerden bazıları şüphesiz ki müdafilik yapabilmek için gerekli yeteneklere sahiptiler. Ancak geriye kalan büyük çoğunluğu düzgün bir hukuk eğitimine sahip olmamanın da dışında okuma yazma dahi bilmeyen kişilerdi”.⁵⁴

Eğer Sovyetler Birliği örneğine geri dönersek, şüpheli veya sanığın savunmasını gereğince yapan müdafiler, özellikle siyasi boyutu da olan davalarda, esaslı bir risk ile karşı karşıya kalmaktaydı.⁵⁵ Bu bireysel riske ek olarak, Sovyetler Birliği’nde örgütsel olarak liberal demokrasilerdeki baroların görevine paralel örgütsel amaçlarla kurulmuş Avukatlar Birliği’nin kurumsal veya mesleki bağlamda avukatların veya müdafilerin mesleklerini icra ederken devlet tarafından yapılabilecek müdahalelere karşı koruyabilecek doğru düzgün bir yapıları da yoktu.⁵⁶

Tarihi olmayıp, günümüzle ilgili olarak bu hususta ortaya konabilecek en güzel çalışmalardan birisi de Güney Kore-Kuzey Kore ceza muhakemesi sistemlerinde savunma hakkının ve müdafiliğin incelenmesi olacaktır. Ancak halen Kuzey Kore’nin totaliter bir rejim altında yönetilmesi, ülkemize coğrafi uzaklığı, hukuki düzenlemelerinin ve mahkeme kararlarının şeffaf olmaması, internet ortamının sansürlü olması, Kore dilinden diğer yabancı dillere pek fazla tercümenin yapılmamış olması gibi sorunlar yüzünden şu anda bu yönde bir araştırma yapmak özellikle bir Türk araştırmacısı için oldukça zor olacaktır. Ancak ileride Batı Almanya-Doğu Almanya’nın birleşmesi gibi Güney Kore-Kuzey Kore bütünleşmesi durumunda, hukukçular ve siyaset bilimciler için pek çok araştırma konusunun ve malzemesinin çıkacağı elbetteki tahmin edilebilir bir husustur.

3. Liberal Demokrasilerde Müdafilik

Devletin yapıcı asıl unsuru, dayanağı ve kaynağı olan “birey”, liberal devlette, totaliter/otoriter devletlerin aksine, aynı zamanda başlı başına bir değer ve

valarında, ittihamnmeden maznuna sadece malûmat verilir (Doğu Almanya Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu m. 180, f. 2). Bu tedbirler ekseri hallerde, müdafinin maznunla ilk olarak, hemen celse başlamadan evvel görüşmesini ve bunu takiben doğrudan doğruya ittihamnamenin muhtevasına itilâ kesbetmesini intaç eder. Bu şartlar altında usulüne uygun, normal bir müdafaa imkânsızdır.” (FRIEDENAU Theo, “İki Farklı Noktai Nazardan Hukuk Devleti”, Çeviren: KALPSÜZ Turgut, Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 13, Sayı: 3, 1956, s. 8–10).

54 Shelley: s. 840.

55 Politbüro üyelerinin ideolojik nedenlerden dolayı rahatsızlık duydukları, Rusça “**spetzdelâ**” yani “**özel dava**” (special case) olarak adlandırılan bu tür siyasi konulu ceza yargılamalarında müdafiler ve sanıklar açısından ihlal edilen evrensel hukuk normları ile temel insan hakları ile ilgili olarak yaşanmış somut örnekler ve daha geniş bilgi için bkz. LURYI Yuri, “The Role of Defence Counsel in Political Trials in the U.S.S.R”, Manitoba Law Journal, 7 Man. L. J. 307 (1977), s. 307- 324.

56 Love: s. 824.

devletin amacıdır.⁵⁷ Zaten, hukuk devletinin kurulması ile liberal demokrasinin oluşumu eşanlımlı kavramlardır.⁵⁸ Zira devletin tek amacı bireyin devlete devretmediği hak ve yetkilerini haksız saldırılara karşı koruyarak bireyin mutluluğunu sağlamaktır.⁵⁹ Bu çerçevede, birey ve devlet perspektifinden, eğer devlet teorisi sistemini yatık bir matematiksel lineer eksenin üzerinde açıklamaya çalışıldığında; totaliter/otoriter rejimler düzlemin bir ucunda, liberal demokratik rejimler ise eksenin tam 180 derece asimetrik öbür ucunda yer alırlar. Bu yüzden mevhum-u muhalifi ile tanımlamak gerekirse, liberal bir devlet yapısının en önemli niteliği “totaliter olmaması”dır.⁶⁰ Zira, liberal demokratik sistemlerde devlet karşısında ifade, düşünce özgürlüğünden savunma hakkına kadar birey hakları alabildiğince geniş ve saygındır.⁶¹ Çünkü liberal demokratik devlet anlayışı bireye olabildiğince çok özgürlük sağlamak ve devletin yetkilerini sınırlamak amacıyla.⁶²

Liberal demokrasi kavramı, devleti değil bireyi birinci plana koyar, bireyin özgürlüklerinin korunmasına önem verir ve devletin buyurma gücünün evrensel hukuki normlar çerçevesi içerisinde kullanılmasına çalışır.⁶³ Liberal demokratik gelenekte, devletin ceza yargılamasında bireyin özgürlük alanına yapacağı müdahalelerdeki şartlar, yetkiler, kapsam ve sınırlar hukuksal güvenceler ile koruma altındadır.⁶⁴ Sanık, yargılamada sadece bir obje değil, aktif ve pasif hem yetki hem de yükümlülükler sahip bir süjüdür.⁶⁵

Liberal düşünce geleneğinin öncülerinde Friedrich August von Hayek, hukukun üstünlüğü/kanun hâkimiyeti (rule of law) ilkesinin yaşamadığı yerde özgürlükçülüğün de varolamayacağını savunmaktadır.⁶⁶ Haliyle hukukun üstünlüğü liberal demokrasiler için olmazsa olmaz, temel ve vazgeçilmez bir unsurdur.

Demokrasi ile ceza muhakemesi hukuku ve ceza muhakemesi ile savunma olgusu ve dolayısıyla müdafii arasındaki ilişki, temelini 1776 Amerikan Haklar Bildir-

57 Göze: s. 4.

58 Zafer: Faile Yardım Suçu ve Müdafiiin Bu Suçtan Sorumluluğu, s. 256.

59 *Ibid.* Bu çerçevede bireyin kayrılmasının anarşiye, devletin kayrılması otoriter veya totaliter her türde baskıcı rejimlere sebebiyet verebileceği gerçeğinin de altını çizmek gerektiği kanaatindeyiz (ÖZTÜRK Bahri - ERDEM Mustafa R. - ÖZBEK Veli Özer, “Ceza Muhakemesi Hukuku”, Seçkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 5. Bası, Ankara, 2000, s. 132).

60 Sabine/Thorson. s. 677.

61 Centel/Zafer: s. 22.

62 Centel: Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafii, s. 10. Liberal demokratik sistemde ifade hürriyeti ile ilgili olarak bkz. HAFIZOĞULLARI Zeki, “Liberal-Demokratik Toplum, Hukuk ve Devlet Düzeninde İfade Hürriyetinin Sınırı”, İnsan Hakları Merkezi Dergisi, Ekim 1994, Cilt II, Sayı 2, 10 vd.

63 Yurtcan: Ceza Yargılaması Hukuku, s. 6.

64 *Ibid.*

65 *Ibid.*

66 YAYLA Atilla, “Liberalizm”, Turhan Kitabevi, Ankara 1992, s. 15. Liberalizmin tarihsel gelişimi için bkz. Akın: Devlet Doktrinleri, s. 127-203.

gesinden alan insan hakları kavramlarında bulmuştur.⁶⁷ 1789 Fransız İhtilali'nde bireyci görüşün tesiri ile müdafilik kaldırılarak sadece “kendi kendini savunma” usulüne yer verilmişti.⁶⁸

Süreç içerisinde, vazgeçilen bu durumda bireysel savunmanın yanında müdafî yani bir toplumsal savunma makamı vazedilmiştir. Yaşadığımız dönemde Amerika Birleşik Devletleri, Kanada, Avustralya, Yeni Zelanda, Avrupa Birliği üyeleri gibi gelişmiş devletlerde uygulanan ve ülkemizde de uygulanmaya çalışılan savunma ilkeleri liberal demokratik sistemin yarattığı özgürlük iklimi neticesinde vazedilmiş olan kurallardır. Müdafîin bizatihi varlığı, hak, yetki ve ödevleri dahi devlet aygıtına karşı birey lehine yürütülmüş olan liberal demokratik mücadelenin neticesinde ortaya çıkmıştır. Bu süreçte, liberal demokratik ilkelerin hâkim olduğu bir ceza muhakemesinde, yargılama makamı önünde iddia makamının ve savunma makamının yetkileri arasında denklik olması, savcının da sanık gibi hâkim önüne delillerini getirmesi ve gerekli kararları yargılama makamının yani hâkimin vermesi benimsenmiştir.⁶⁹

3. SONUÇ

Ceza muhakemesinde savunma hakkı, tarihin ilk başlarından beri kamu buyurma gücünü yani “*imperium*”u elinde tutan kişiler ile bunlara nazaran güçsüz olan birey arasındaki verilen mücadele ile gelişmiştir. Savunma hakkının şahsında somutlaşmış olduğu ceza muhakemesi süjesi olan müdafî, her dönem diktatörlerin, tiranların, otoriter ve totaliter yönetimlerin ezmeye çalıştığı insanlık onurunun savunucusu olmuştur. Genel olarak bu mücadele neticesinde insanlık alemi demokrasi, insan hakları, çoğulculuk gibi kavramlarla tanışmış; özel olarak ise ceza

67 Ülkemizde yaygın bilinen bir yanlış kanaat insan hakları kavramlarının 1789 Fransız Devrimi ile başlamasıdır. Halbuki 4 Temmuz 1776 tarihli “**Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi**” (*American Declaration of Independence*) sanılanın aksine Fransız İhtilalinin fikir babalarına ilham kaynağı olan ve bütün insanların Yüce Yaratıcı tarafından devredilemez haklara sahip olarak eşit yaratıldığı, hayat, hürriyet, mutluluğun takip edilmesi, zulme karşı direnme hakkı gibi çeşitli insan hakları kavramlarını günümüzdeki anlamlarıyla kullanan ilk insan hakları metnidir (ROBERTSON A. H.-MERRILLS J. G., “Human Rights In The World”, Manchester University Press, Fourth Edition, Glasgow, 1996, s. 5; AKIN İlhan F., “Temel Hak ve Özgürlükler”, İstanbul Üniversitesi Yayınları No: 1595, Hukuk Fakültesi No: 347, Fakülteler Matbaası, 1971, s. 31). Amerikan Bildirgesi, Fransız Devrimini yapanları derinden etkilemiştir. Sonraki tarihli olan 1789 Fransız İhtilali Bildirgesi, Amerikan Devriminin insan haklarına dair bu siyasi beyanlarını kopyalamış, Fransızca'nın o zaman daha yaygın kullanılan bir dil olmasının etkisi ve coğrafi yakınlık nedeniyle ülkemizde ve Kıta Avrupası'nda esasen Anglo-Sakson menşeli hürriyet, eşitlik, adalet fikirlerinin yayılmasına sebep olmuştur.

Savunma hakkı bağlamında ise Amerikan Devrimi ile Amerikan Anayasası'nın 5. Ek'inde açıkça yer alacak olan ve 1776 Virginia Meclisi tarafından kabul edilen “Haklar Bildirisi”nin 8.maddesinde sanığın savunma hakkının garantisini sağlayan olan “**susma hakkı-hiç kimsenin kendisi aleyhine delil göstermeye zorlanamayacağı ilkesi**” kabul edilmiş; Fransız İhtilalinin hemen akabinde ise 2 Eylül 1790 tarihli kararname ile Fransa'da avukatlar topluluğu lağvedilmesine rağmen, 1791 tarihli başka bir kararname ile taraflara kendilerini sözlü ve yazılı savunma hakkı ile birlikte kendilerini savunmak için müdafî yardımını talep edebilecekleri düzenlenmiştir (Koca: s. 65).

68 Erem: Diyalektik Açıdan Ceza Yargılaması Hukuku, s. 168.

69 Tosun: s. 51.

muhakemesinde susma hakkı, adil yargılanma hakkı, insan haysiyetinin korunması ilkesi, meramını anlatabilme hakkı gibi şüpheli ve sanık hakları gelişmiştir.

Çalışmamızda panoramik bir biçimde incelemeye çalıştığımız SSCB, Nazi Almanyası gibi tarihsel örneklerden kolayca anlaşılabilirdiği üzere ülkelerin yönetim biçimleri gerek sol ve gerekse sağ ideoloji çerçevesinde daha otoriter bir yapıya kavuştukça savunma hakkı ve müdafii yetkileri kısıtlanmış; liberal demokrasinin özgürlükçü karakterinin baskın olduğu ülkelerde ise tam ters bir biçimde gelişme göstererek savunmanın üzerindeki baskılar azalmış, müdafilik ise yargılamanın gerçekten olmaz ise olmaz unsuru haline gelmiştir.

21. Yüzyıl'ın ilk çeyreğinde olduğumuz günümüzde ülkemizde savunma hakkının gereğince yerine getirildiği ve ceza muhakemesinde müdafii hak ettiği konuda olduğunu iddia edebilmek pek mümkün değildir. Daha 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe girmiş, 5271 sayılı “Ceza Muhakemesi Kanunu”nda ve buna ek olarak 353 sayılı “Askeri Mahkemelerin Kuruluşu ve Yargılama Usulü Kanunu”, 3713 sayılı “Terörle Mücadele Kanunu” gibi yürürlükteki pek çok kanunumuzda savunma hakkını kısıtlayıcı ve müdafii bağımsızlığını zedeleyici pek çok hükümler mevcuttur. Her ne kadar kanunun hazırlayıcıları tarafından aksi iddia edilse de; CMK teoride ve uygulamada müdafii konumunu ceza yargılamasının diğer süjelerine karşı olumlu şekilde değiştirmemiş, bilakis otoriter karakterli pek çok yaklaşımı hukuk alanına sokmuştur.

Konumuzun dışına çıkmamak açısından bu konuda sadece bir örnek vermek istiyoruz. CMK, Devlet Güvenlik Mahkemesi olarak bilinen ve şimdi “Özel Yetkili Ağır Ceza Mahkemesi” olarak adlandırılan mahkemelere müdafii, bir takım durumlarda duruşma salonundan dışarı çıkarabilme yetkisi vermiştir.⁷⁰ Bu yetki bizce yargılama makamını işgal eden kişiler tarafından savunma ve müdafii aleyhine kullanılabilir son derece esnek bir maddedir. Bahsi geçen düzenleme adeta Demokles'in Kılıcı gibi müdafii bağımsızlığının ve savunma hakkının üzerinde sallanmaktadır. Özel yetkili ağır ceza mahkemeleri, savunmanın iddia

70 CMK m. 252, f. 1, b. f. “Mahkeme başkanı, duruşmanın düzenini bozan sanığı veya müdafii o günkü oturumun tamamına çıkmamak üzere, duruşma salonundan çıkartır. Bunların, sonra gelen oturumda da duruşmayı önemli ölçüde aksatacak davranışlara devam edecekleri anlaşılırsa ve hazır bulunmaları gerekli görülmezse, yokluklarında duruşmaya devam olunmasına mahkemece karar verilebilir. Bu karar, esasa ilişkin iddia ve savunmanın yapılmasına engel olacak biçimde uygulanamaz ve sanığın kendisini başka bir müdafii ile temsil ettirmesine izin verilir. Duruşma salonundan çıkartılan sanık veya müdafii bundan sonraki oturumlarda da duruşmanın düzenini bozmakta ısrar etmeleri hâlinde, bir daha aynı dava ile ilgili oturumların tamamına veya bir kısmına katılmamalarına da karar verilebilir. Bu hüküm müdafii hakkında uygulandığı takdirde, durum ilgili baroya bildirilir. Bu halde de sanığın kendisini başka bir müdafii ile temsil ettirmesi için uygun bir süre verilir. Oturumların bir kısmına ya da tamamına katılmamasına karar verilen müdafii Avukatlık Kanununun 41 inci Maddesinin ikinci fıkrası gereğince tayin edilmiş ise durum, kendisini tayin eden mercie de bildirilir. Duruşma salonundan çıkartılan sanık veya müdafii tekrar duruşmaya alındıklarında, yokluklarında yapılan iş ve işlemlerin esaslı noktaları kendilerine bildirilir. Sanık ya da müdafii dilerse yokluklarındaki tutanak örnekleri de kendilerine verilir. Duruşma salonundan çıkartılan veya oturumlara katılmamalarına karar verilen sanık veya müdafiler mahkemenin tayin edeceği süre içerisinde yazılı savunma verebilirler.”

ve/veya yargılama makamlarının gereğince yerine getirmedikleri usul işlemleri nedeniyle eleştirdikleri savunma dokunulmazlığı içerisinde kalan beyanları dahi müdafinin duruşma salonundan çıkarılabilmesine sebebiyet verebilmektedir. Bu durum savunduğu sanık, seyirciler ve diğer müdafiler önünde duruşma salonundan çıkartılmış kişi durumuna düşmek istemeyebilecek müdafilerin, bu endişe ile gereğince savunma yapmamaları neticesini verebilmektedir. Üstelik bahsi geçen mahkemelerde, müdafii için tek tehlike duruşma salonundan çıkarılmak değildir. İddia ve yargılama makamları gerektiğinde müdafii aleyhine içeriği tam ve doğru olmayan, istedikleri gibi yazdırdıkları duruşma tutanakları ile müdafii aleyhine cezai ve disiplin soruşturmasına açılmasına çalışabilmektedirler.

CMK'nın 252. maddesinin birinci fıkrasının "f" bendi ile özel yetkili mahkemelere müdafinin duruşma salonunda dışarıya çıkarılabilmesi yetkisinin sadece otoriter veya totaliter devletlerde mahkemelere tanınabilecek bir tür olumsuz yetki olduğu düşüncesindeyiz. Liberal demokrasiye ulaşmaya çalışan ve Avrupa Birliği üyesi olmak isteyen, bölgesinde ve dünyada söz sahibi bir aktör olmak isteyen bir Türkiye'nin ceza muhakemesi sisteminde anılan madde üzerinde muhakkak savunma hakkını ve müdafii bağımsızlığını koruyucu yeni bir düzenlemeye gidilmelidir.

Uygulamada olduğu sürece CMK 252, f. 1, b. f düzenlemesi, tarafı olduğumuz ve Anayasa'nın 90. maddesinin beşinci fıkrası mucibince Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin adil yargılama hakkını düzenleyen 6. maddesi ve ifade hürriyetini düzenleyen 10. maddesinin hükümleri çerçevesinde savunma hakkını, ifade hürriyetini ve müdafii bağımsızlığını mümkün olan en geniş şekilde yorumlamalıdır.⁷¹ Kanunun sadece lafzını dikkate alarak, duruşmada yaşananları eğip - bükerek, içeriği tam ve doğru olmayan hususları duruşma tutanağına geçirerek, müdafinin sözü kesilerek, müdafii haksız yere duruşma salonundan çıkarılarak, müdafii hakkında hukuka aykırı bir şekilde ceza ve disiplin müeyyideleri uygulatmaya çalışılarak işletilen bir ceza muhakemesi mekanizmasına sahip bir ülkenin uygulamalarının, Nazi Almanyası ve SSCB'nin ceza muhakemesi uygulamalarından pek farkı kalmayacağı aşikardır. "Kanun bize bu yetkiyi vermiş, biz de bu yetkiyi kullanırız" şeklindeki yanlış anlayış ile savunma ve müdafii aleyhine kanunun hükümlerini kullanan hakim ve savcılara ise faşist diktatörlüklerin de her zaman kanun ile yönetildiğini hatırlatmak isteriz. Nitekim Hitler de Yahudi, çingene ve eşcinselleri kanun ile toplama kamplarında yakmıştı, Stalin de Kırım Türklerini kanun ile katletmişti, Humeyni de kanun ile ülkesindeki aydınları yok etmişti.

Bu noktada altını çizmemiz gereken önemli bir husus da şudur ki; ceza yargılaması yapılırken uygulanması gereken tek normatif düzenleme CMK ve ilgili ulusal mevzuat değildir. 2004 yılı değişiklikleri ile liberal-demokrat bir anlayış

71 Anayasa m. 90, f. 5: Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası Antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası antlaşma hükümleri esas alınır

ile Anayasa'nın 90. maddesinin beşinci fıkrası, usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası antlaşmaları, en az kanunlar kadar önemli hale getirmiştir. Bu anayasal hükmün sadece savunma makamını değil, ceza yargılamasında *imperium* yani kamu buyurma gücünü kullanan iddia ve yargılama makamlarını evveliyetle bağlayacağı elbette ki çok açıktır.

Bu yüzden bir usul işlemi yerine getirilmeden önce yargılama makamı sadece CMK'yı veya ilgili diğer ulusal mevzuatı değil, aynı zamanda konu ile ilişkili temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası anlaşmaları da dikkate almak zorundadır. Örneğin yine yukarıdaki örnekten gitmek gerekirse müdafinin duruşma salonundan çıkartılması kararını verebilmek için sadece CMK değil, aynı zamanda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) bu konu ile ilgili düzenlemeleri ve AİHS'ni yorumlama merci olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları da (AİHM) muhakkak göz önünde bulundurulmalıdır. Bu hususun düzgün işletilmesi müdafiler tarafından muhakkak takip edilmeli; uygulama da yargılama veya iddia makamları tarafından ihmal edilmesine yapılacak ve duruşma tutanağına geçirtilecek karşı beyanlar ile asla izin verilmemelidir.

Bu durumda müdafinin duruşma salonundan çıkartılabilmesi için Sözleşme'nin "tarafsızlık ilkesi"ni (AİHS m. 6, f. 1), "adil yargılanma hakkı"nı (AİHS m. 6, f. 2 ve f. 3) ve "ifade hürriyeti"ni (AİHS m. 10) ihlal edici özelliği olup olmadığı incelenmeli ve ancak bundan sonra CMK m. 252, f. 1, b. f gereğince gerekli karar alınmalıdır. Elbetteki müdafinin duruşma salonundan çıkartılması kararı, aynı zamanda yargılama makamını işgal eden heyet tarafından kesinlikle müzakere edilmeli ve eğer müdafii duruşma salonundan çıkartılacak ise bu karar mutlaka gerekçeli olmalı; gerekçe ise zorlama bir biçimde veya soyut norm tekrarı şeklinde değil, kamu vicdanını tatmin edecek bir şekilde mantıki ve hukuki temelleri ile ortaya konulmalıdır (Any m. 141, f. 3; CMK m. 34, f. 1).

Sonuç olarak belirtmeliyiz ki otoriter/totaliter rejim mantığı devlet yönetiminden ve ceza muhakemesinden silip atmak, aynı zamanda insanlık onuruna layık bir savunma ile maddi gerçeğe ulaşabilmek müdafilerin verdiği mücadele ile olmuştur. Bu yüzden Lenin yukarıda atıf yaptığımız sözünde ortaya koyduğu gibi idealindeki totaliter ve baskıcı ideolojinin varolabilmesi için müdafilerin ve dolayısıyla avukatların demir yumrukla yönetilmesi gerektiğini düşünmektedir (bkz. *dn.* 19).

Daha özgür ve daha adil bir ceza muhakemesi için iddia, savunma ve yargılama diyalektiğini gerçek anlamda hayata geçirilebileceği bir süreç daha tamamlanmamıştır. Olması gereken hukuk açısından da tamamlanmaması mümkün değildir. Zira bu süreç devlet-birey çelişkisi devam ettikçe sürececek bir daha iyiyi ve daha doğruyu arayış ile ilgilidir.

Bu sürecin ağırlığı müdafilerin ve müdafilerin meslek örgütleri olan baroların omuzlarındadır. Tikel anlamda müdafilerin yürüteceği bu mücadeleyi, tümel anlamda da barolar devam ettirmek zorundadır. Barolar müdafinin bağımsızlığını

yasama, yürütme, yargı, üçüncü kişiler ve medyaya karşı korumalıdır. Ama bizce en önemlisi, barolar müdafinin bağımsızlığını bizatihi baronun kendisine karşı korumalıdır. Müdafiler/Avukatlar meslek onuru ve müdafinin bağımsızlığını ihlal edici her türlü eylemin bir gün kendi başlarına da gelebileceğini düşünerek diğer meslektaşlarına karşı yapılan her türlü baskıya karşı onların yanında durmak zorunluluğundadırlar. Aynı şekilde baroların yönetim kurulları da müdafinin bağımsızlığının herkese karşı koruyucusu olmak mecburiyetindedirler. Aksi takdirde bataklık misali, ceza muhakemesi sistemimizi çağdaş hale getirdik, otoriter/totaliter rejim tehlikesinden uzaklaştık sanıldıkça, özgürlüklerin devlet eli ile tehdit edildiği daha kötü şartlara doğru yol almakta olduğumuzu dahi fark edemez duruma düşeriz.